



Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep.
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post: anette.tandberg@jd.dep.no

Deres ref.:
12/8242 - SBO

Dok. nr.: 151385

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no

07.02.2013

Høring om ny prosessordning i sikkerhetssaker etter utlendingsloven

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 07.12.2012 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for asyl og utlendingsrett, og lovutvalg for sivilprosess og voldgift. Lovutvalget asyl og utlendingsrett består av Bente Mostad Tjugum (leder), Sigrid Broch, Halvor Frihagen, Per-Erik Gåskjenn og Brynjulf Risnes. Lovutvalg for sivilprosess og voldgift består av Anders Christian Stray Ryssdal (leder), Borgar Høgetveit Berg, Knut Boye, Grethe Gullhaug, Knut Erik Marthinussen Harjang og Brynjar Østgård.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Generelt

Departementet foreslår ved høringsbrev av 07.12.12 flere endringer i utlendingsloven og andre lover når det gjelder behandlingen av saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn.

Det bemerkes at høringsnotatet er omfattende og det er satt en relativt kort frist.

Advokatforeningen støtter notatets intensjon, nemlig å sikre en rettssikker og grundig behandling av saker der det vurderes å nekte en utlending adgang til eller fortsatt opphold på norsk territorium på grunn av grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn samtidig som hensynet til hemmelighold av opplysninger det vil være skadelig overfor norske nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn om gjøres kjent for offentligheten eller parten ivaretas.

Advokatforeningen deler departementets vurdering at slike endringer er nødvendig for å ivareta Norges prosessuelle forpliktelser etter EMD og øvrige konvensjoner og for å sikre en effektiv domstolsprøving som ivaretar hensynet til rikets sikkerhet, utenrikspolitiske hensyn og våre internasjonale forpliktelser.

Advokatforeningen er også enig i at det er praktisk at disse reglene samles i et felles kapittel. Advokatforeningen kan ikke se at det er godt begrunnet at enkeltregler, slik som utvisning av person omfattet av EØS-regelverket for å verne grunnleggende nasjonale interesser trekkes ut og plasseres på andre steder i loven og foreslår at reglene heller samles i ett kapittel.

2.1 Kort om forvaltningsbehandlingen

Advokatforeningen er positiv til en ordning der departementet fatter førsteinstansvedtak, eventuelt etter forberedelse i UDI. Advokatforeningen kan også stille seg positiv til at toinstansbehandling sikres gjennom domstolsprøving med fri rettshjelp, heller enn gjennom forvaltningsklage. Det legges til grunn at forvaltningens omgjøringsadgang består, slik at både ugyldig og et gyldig vedtak vil kunne omgjøres også uten domstolsbehandling jf. forvaltningsloven § 35. Det bemerkes også at utlendingen bør forhåndsvarsles om at saken overføres til departementet og eninstansbehandling, om hvilke faktiske forhold og rettsregler som ligger til grunn for vedtaket innenfor rammene av det som kan gjøres kjent for utlendingen og gis rimelig frist til å kommentere dette, for å sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak fattes.

2.2 Hvilke avgjørelser skal omfattes av den nye ordningen

Advokatforeningen er ikke enig i at saker om førstegangstillatelse eller utvisning av utlending uten oppholdstillatelse nødvendigvis er mindre inngripende enn saker om fornyelse, tilbakekall eller utvisning. En sak om førstegangstillatelse vil ut fra forholdene kunne gripe inn i utlendingens rettigheter sikret i EMK for eksempel art 8, på samme måte som en sak om fornyelse, tilbakekall eller utvisning. Det kan for eksempel dreie seg om oppholdstillatelse til ektefelle til norsk borger som returnerer etter midlertidig utenlandsopphold der familielivet ikke kan videreføres i landet familien returnerer fra, da familien ikke lenger har oppholdsgrunnlag der. Dette kan typisk gjelde i saker der studier som ga grunnlag for studiearbeidstillatelse er avsluttet, eller et arbeidsforhold er avsluttet. Advokatforeningen vil anføre at familien da har et etablert familieliv jf EMK art 8 og nektelse av førstegangstillatelse kan gripe inn i utlendingens, ektefellens og barnas rett til privatliv. Et annet eksempel er et familieliv som er etablert under ulovlig opphold i Norge, jf EMDs avgjørelse i saken Rodriguez da Silva mot Nederland (Application no. 50435/99). Advokatforeningen mener derfor at også saker om førstegangs

oppholdstillatelse bør behandles etter den nye ordningen, i det minste når vedtaket vil gripe inn i faktisk etablert familie- og privatliv.

Advokatforeningen ser heller ikke grunn til å holde saker som gjelder manglende fornyelse, tilbakekall eller utvisning etter EØS-regelverket utenfor den nye ordningen og det vises til de samme argumenter som over. Dette kan tenkes både i forhold til EØS-borger og et familiemedlem av en EØS-borger, herunder familiemedlem av norsk borger som har gjeninnvandret fra opphold i EØS-land. Også her vil et vedtak om utvisning rutinemessig gripe inn i utlendingens etablerte rettigheter og beskyttede rett til privat- og familieliv, blant annet etter EMK art 8. Dette vil være åpenbart ved manglende fornyelse, tilbakekall eller utvisning av person med opphold i riket, men vil også kunne gjelde ved førstegangstillatelse eller innreise.

Advokatforeningen mener at departementets forslag i §127 (2) gir uklart ansvarsforhold, der UDI både skal legge PSTs og UDIs skjønn uprøvd til grunn men samtidig prøve om det er forsvarlig. UDIs prøving av forsvarlighet blir illusorisk om UDI ikke får tilgang til alle opplysninger PST og UD besitter i saken. Begrunnelsen i vedtaket vil bare kunne innebære en henvisning til vurderingen, og parten vil få begrenset eller intet innsyn i vurderingene og opplysningene som er lagt til grunn. Det kan ikke sees at dette innebærer tilstrekkelig kontradiksjon for en forsvarlig klagebehandling. Advokatforeningen mener derfor at vedtak i disse sakene bør fattes av departementet etter den foreslåtte ordningen. I saker der det ikke er behov for dokumenttilbakehold, eller der opplysninger og vurderinger som holdes tilbake har begrenset betydning for avgjørelsen av saken bør UDI kunne fatte vedtak i første instans.

Advokatforeningen er enig i at når departementet fatter vedtak om utvisning, tilbakekall eller avslag på søknad om oppholdstillatelse på grunnlag av forhold knyttet til nasjonal sikkerhet er det naturlig at også tilhørende saker for samme person behandles av samme instans. Om derimot departementet etter overveielser kommer frem til at det tross hensyn til nasjonal sikkerhet med videre likevel ikke fattes slikt vedtak ansees at øvrige saker i sakskomplekset bør undergis ordinær saksbehandling.

2.3 Rettshjelp

Advokatforeningen mener at det allerede på forvaltningsstadiet bør gis fri rettshjelp i alle saker der det må legges til grunn at et vedtak vil føre til et inngrep i en privatpersons rettigheter etter EMK art 8 begrunnet i grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Når det gjelder hvilke saker dette utgjør vises til avsnittet over. Det må legges til grunn at dette alltid vil være tunge saker der det vanskelig kan forventes at en privatperson selv kan ha oversikt over de rettslige og faktiske sider av saken. Videre vil enhver sak som innebærer familiesplittelse, uavhengig av om personen tidligere har hatt opphold i Norge eller ikke, være svært inngripende, både overfor personen og familiemedlemmene. Det anføres derfor at i alle saker som avgjøres etter disse bestemmelsene, uavhengig om vedtaksorgan er UDI/UNE eller departementet bør gis fritt rettsråd.

Det må legges til grunn at dette vil gjelde et svært begrenset antall saker slik at det ikke kan sees å innebære betydelige budsjettmessige konsekvenser.

Advokatforeningen støtter departementets forslag om at det gis fritt rettsråd i saker der departementet er vedtaksorgan. Det antas at dette er nødvendig for å sikre en så god opplysning som mulig av saken på dette tidspunkt. For å sikre en effektiv domstolsbehandling er det viktig at også behandlingen på forvaltningsstadiet har høy kvalitet, og representasjon av advokat allerede på forvaltningsstadiet må ansees å være en god måte å sikre dette på.

Det må videre legges til grunn at flertallet av saker som behandles etter dette regelverket vil være så vidt kompliserte at det er nødvendig med skjønnsmessig fastsatt fri rettshjelp og at stykkpris ikke vil være tilstrekkelig.

Advokatforeningen ser det videre som en helt nødvendig forutsetning for eninstansbehandlingen at det gis fri sakførsel uten behovsprøving i saker der departementet fatter vedtak. Det anføres videre at fri sakførsel må gis også i ankebehandlingen uavhengig av hvilken part som anker. Det vises til at dette alltid vil gjelde svært inngripende vedtak om rettigheter sikret i internasjonale konvensjoner. Blant annet for å sikre at utlendingen kan uttømme nasjonale rettsmidler for klage til EMD eller andre konvensjonsorganer må det gis fri sakførsel også for ankeinstansene og det vises til EMDs avgjørelse i saken Agalar mot Norge og etterfølgende avgjørelser.

2.4 Bør departementet ha mulighet til å gripe inn i saker som gjelder ul §28 eller §73

Det kan vanskelig tenkes saker det er grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn kan sette bestemmelsene om vern etter disse bestemmelsene til side, uten å komme i konflikt med EMK. Advokatforeningen kan imidlertid ikke se noen alvorlige hindre mot at departementet velger å fatte vedtak i en slik sak. Hvis departementet finner grunn til å sette bestemmelsene til side, eller finner at sakens faktum ikke tilsier at en person har behov for beskyttelse og velger å avslå søknad om beskyttelse med henvisning til grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn er det åpenbart at saken bør prøves for retten og i tråd med det foreslåtte systemet, må det gis fri rettshjelp.

Et spesialtilfelle vil være de saker der departementet finner at en person har behov for beskyttelse, men likevel finner at personen må nektes oppholdstillatelse i Norge på grunn av grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Dette kan være i strid med Flyktningkonvensjonen og spørsmålet om personen kan nektes oppholdstillatelse vil da kunne prøves for domstolene. Om personen imidlertid faller utenfor flyktningkonvensjonen, men er vernet etter EMK, plikter Norge etter konvensjonen ikke å gi oppholdstillatelse, men bare å unnlate å iverksette vedtaket så lenge konvensjonsvernet består. Det oppstår da en problematisk situasjon når departementet senere vurderer at konvensjonsvernet ikke lenger består på grunn av endringer i hjemlandet eller konkrete forhold rundt personen. Spørsmålet om konvensjonsvernet består på dette tidspunktet må kunne prøves i tråd med EMK art 13. Advokatforeningen mener derfor at det også på dette tidspunktet må gis fritt rettsråd til bistand i forvaltningssaken og fri sakførsel for domstolene, for å unngå konvensjonsstrid.

2.5 Iverksettelse, forbud mot rettssak før klagemulighet er uttømt

Advokatforeningen ser med bekymring på forslagene, sett i sammenheng. Det følger av forslagens §129 (5) at vedtak kan iverksettes før det er endelig, selv om vedtaket på dette tidspunktet ikke kan prøves for retten. Dette vil gjelde vedtak der UDI er vedtaksorgan i første instans og vil naturlig gjelde saker der utlendingen oppholder seg i Norge.

Det anføres at utlendingen må ha mulighet til å prøve vedtaket for retten før det blir iverksatt, herunder prøve vedtaksorganets vurdering av om anførsler om risiko for overgrep, og dermed om det foreligger vern etter ul § 73, EMK art 2 eller 3 med videre.

Det vil videre kunne være et inngrep i utlendingens eller dennes familiemedlemmers rettigheter etter EMK art 8, jf EMDs avgjørelse i saken Rodriguez da Silva mfl mot Nederland.

Dette vil kunne prøves ved midlertidig forføyning, men det må i så tilfelle, om det er aktuelt med fortidig iverksettelse, gis fri sakførsel. Dette vil gjelde utlendinger uten arbeidstillatelse, og uten fri sakførsel vil disse ikke ha noen reell mulighet til å prøve saken for retten ettersom de som hovedregel ikke har noen inntekt. Det vises til EMDs avgjørelse i saken Agalar mot Norge og etterfølgende avgjørelser og det er relativt åpenbart at det her er en risiko for konvensjonsbrudd om det ikke gis mulighet til å prøve vedtaket for domstolene. Det bemerkes at det vil være en uheldig løsning om midlertidige avgjørelser etter EMDs Rules of Court, rule 39 blir hovedregelen for å sikre Norges etterlevelse av EMK.

2.6 Frist for å bringe saken inn for domstolene

Advokatforeningen er enig i at det er behov for en frist for å ha sikkerhet for når vedtaket kan iverksettes i tilfeller der utlendingen velger å ikke bringe saken inn for retten. Det kan imidlertid ikke sees at dette nødvendigvis må settes som en søksmålsfrist med oppreisningsmulighet, slik det er skissert i høringsnotatet.

Det gjelder i sivilprosessen ikke noen frister for når spørsmålet om gyldighet av et forvaltningsvedtak kan reises, og som skissert i høringsnotatet vil det ofte kunne oppstå situasjoner der grunnlaget for ugyldighet først oppstår lang tid etter at departementet har fattet vedtak, som av forskjellige grunner ikke er iverksatt.

Advokatforeningen foreslår derfor at regelen formuleres som en regel om at vedtaket ikke kan iverksettes innen en frist på tremåneder og at om stevning er inngitt innen fristen kan vedtaket ikke iverksettes før dommen er rettskraftig. I tilfellene der fristen er oversittet, enten utlendingen er å klandre eller ikke, vil man som i dag kunne begjære midlertidig forføyning. Om stevning ikke inngis innen fristen, og det ikke gis midlertidig forføyning, vil vedtaket kunne iverksettes. Det må legges til grunn at stevning i de aller fleste tilfeller vil inngis innen fristen, og det vil stort sett bare være i tilfellene der ny informasjon blir kjent senere at fristen ikke overholdes.

Advokatforeningen går mot forslaget i ny § 132 der søksmålsfristen for vedtak og beslutninger som er truffet med ”begrunnelse i grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn.” forslås satt til 1 måned. Vi er enig med departementet i at det er viktig at de aktuelle

sakene gjennomføres hurtigere enn det som for eksempel var tilfelle i Krekar saken, Rt. 2007 side 1573, men mener samtidig at en måned søksmålsfrist er for knapp. Søksmålsfristen bør settes til tre måneder. Samtidig bør departementet vurdere å innføre regler om at sikkerhetssaker skal prioriteres av domstolen innenfor gitte absolutte frister. Dette siste vil gi et bedre bidrag til effektiv saksgjennomføring enn forslaget om en måneds søksmålsfrist.

2.7 Særskilt advokat

Advokatforeningen kan slutte seg til forslaget om at det oppnevnes en særskilt sikkerhetsklarert advokat uten kostnad for utlendingen som gis innsyn i hemmeligstemplede dokumenter. Det kan imidlertid ikke sees tilstrekkelig begrunnet at denne etter å ha mottatt innsyn i de klarerte dokumentene nektes direkte kontakt med medadvokat og klient. På lik linje som ved andre saker der det gis innsyn med forbehold om taushetsplikt overfor egen klient, typisk klausulerte dokumenter i straffesaker, må man ha tillit til at den sikkerhetsklarerte advokaten overholder sin taushetsplikt. Først når innsyn er gitt vil advokaten ha den nødvendige kunnskap for å innhente opplysninger fra klienten som gir mulighet til en reell kontradiksjon. Dette kan gjelde alibi, motbevis, utfyllende opplysninger med videre. Det er ikke begrunnet hvorfor kontakten på dette tidspunktet kun kan gjøres skriftlig. Skriftlighet i kontakten vil innebære betydelig tidsspille og betydelig økte kostnader til tolking og oversettelse.

Videre må den særskilte advokaten ha mulighet til å agere under hovedforhandlingen, herunder å legge frem bevis, føre vitner, stille spørsmål til parter og vitner med videre. Den særskilte advokaten vil ha kunnskap som gjør at han kan kjenne til spørsmål til parter og vitner den ordinære advokaten ikke har grunnlag for å forstå har relevans, og vil kunne kjenne til vitner og andre bevis som bør føres for på denne måten å kunne gjennomføre kontradiksjon.

Om bevisførsel, herunder spørsmål til vitner og vitnenes svar, vil kunne innebære at taushetsbelagt informasjon kommer frem må beviset føres i særskilt rettsmøte, eller mer effektivt, ved at en del av rettsmøtet gjøres lukket, også for part og medadvokat.

Det kan ikke sees at det er begrunnet hvorfor særskilt advokat ikke skal ha prosessuelle rettigheter i rettsmøtet.

Det fremgår av høringsnotatet at departementet regner med at det maksimalt blir aktuelt å behandle i størrelsesorden 5 sikkerhetssaker pr år. Etter Advokatforeningens syn bør det oppnevnes et utvalg av sikkerhetsklarerte advokater på 3 – 4 advokater.

Advokatforeningen er enig med departementet i at disse advokatene ikke nødvendigvis trenger å ha spesialkompetanse innen asyl- og utlendingsrett. Det vil være viktigere at de som utpekes har faglig tyngde, erfaring fra større/krevende saker og nødvendig integritet.

Det er ingen klar parallellitet mellom sikkerhetssaker etter utlendingsloven og kommunikasjonskontrollsaker etter straffeprosessloven. Advokatforeningen ser derfor ikke at de advokatene som skal utpekes nødvendigvis bør tas fra det utvalget av forsvarere som allerede er sikkerhetsklarert, jf. høringsnotatet side 53 og merknadene til § 136. Vi ser det tvert imot som en

fordel at departementet heller legger vekt på å få et bredt sammensatt utvalg.

I utkastet til § 133, tredje ledd heter det at ”Det skal oppnevnes samme særskilte advokat på alle trinn av saken, med mindre særlige grunner tilsier noe annet.” I departementets kommentar i notatet på side 52 er regelen begrunnet med at dette vil sikre at færrest mulig personer får innsyn i det gradert materiale. Advokatforeningen vil tilføye at hensynet til utlendingen tilsier at advokatbytter underveis bør unngås. Mulighetene for å utøve en reell kontrollfunksjonen tilsier at den oppnevnte advokaten følger saken gjennom hele prosessen.

3. Merknader til de konkrete forslagene

De fleste forslagene er gått gjennom i det her ovenstående og advokatforeningen henviser til dette. I tillegg vil advokatforeningen bemerke følgende:

3.1 Til § 126 (4)

Advokatforeningen støtter forslaget om at oppholdstillatelse, og også andre vedtak til fordel for utlendingen, kan gis på grunnlag av grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn.

3.2 Til § 129

Advokatforeningen henviser til kommentaren over der vi anbefaler at alle saker der grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, der opplysninger eller vurderinger av betydning for vedtaket må holdes skjult for parten behandles av departementet i første instans. I øvrige saker er det ingen innvending mot at departementet er klageinstans for UDIs vedtak.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær